

學術討論

第一章

檢視釋法的大背景及其必要性



湯家驊

資深大律師

人大釋法是回歸後香港新法制的一部分，如何可確保新法制能得到特區內外認許和接受，仍是全面準確地實踐「一國兩制」之重大挑戰。這是因為內地成文法制度下之憲法解釋與香港在回歸前一直奉行的普通法制存在相當大的矛盾，而這些矛盾背後更代表着兩套截然不同的憲法價值觀。內地奉行單一議會制，但無論在議會民主化、立法過程透明度及在此體制下司法體系備受尊重之程度和重要性，均與香港回歸前之核心價值有異。要把釋法制度完全融入特區法制，以至全面準確落實「一國兩制」之嶄新理想，必須增加釋法之透明度及認受性。

一、歷史背景

中國於滿清朝代前並沒有憲法。但早在中國古書及古代關乎法律的文獻中已不時可找到「憲法」一詞；如在《尚書》中有「鑒於先王成憲，其永無愆」，《國語》中有「賞善罰奸，國之憲法」；《定法篇》中有「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心」；《史記》中也有提及「懷王使屈原造為憲令」。「憲法」在這些古書中之含意大概與法律相通，或普遍是指典章、制度和法令。根據《現代漢語辭典》，「憲」即「法令」。除此之外，今天我們熟悉的憲法，以及憲政（Constitutionalism）之意義，

在中國歷史上並不存在；這是可以理解的。畢竟中國直至清末，五千多年來均只奉行君主封建制；皇帝的話便是法律，除了漢武帝曾經罪己之外，有誰敢說皇帝須受法律制約？清末革命成功後，我們才開始有真正立憲的嘗試，而新中國的憲法亦由那時候開始，至今亦已經過多次修改。所以「憲法」這概念，在中國的發展過程中，只可算是剛剛起步。

今天我們熟悉的憲法定義來自西方。根據歷史記載，日本最早於江戶時代已傳入Constitution一詞，是亞洲中最早翻譯並正式引用「憲法」一詞的國家。憲法與法律間最大的分別是，憲法乃國家之根本大法，憲制地位凌駕於所有法律。一般而言，憲法主要規範國家制度、國家機構的組成與權力分配、政府與人民之間的關係、政府的權力範圍和人民的權利等。在這方面，中國的憲法與其他西方國家的憲法沒有多大分別。

中國憲法的序言有這樣的描述：「本憲法以法律的形式確認了中國各族人民奮鬥的成果，規定了國家的根本制度和根本任務，是國家的根本法，具最高的法律效力。」國家憲法第三章確立了國家機構的成立、組成和權力。中華人民共和國的國家制度屬於單一議會制，所有權力集中於全國人民代表大會。憲法第62條規定，全國人民代表大會行使之職權包括修改憲法和監督憲法的實施；而第67條則確立了人民代表大會常務委員會的職權包括解釋憲法和監督憲法的實施。由此可見，在制度上，憲法的實施中有修改憲法與解釋憲法之別；人民代表大會常務委員會明顯地不能越俎代庖，以解釋憲法之名而掩飾其修改憲法之實。

解釋憲法是在實施憲法過程中必需的工具。在國際間，有些國家，特別是歐陸成文法國家會把這職權分配給憲制法庭（Constitutional Court），但在新中國制度下，這解釋權則由人大常委會行使。雖然在架構上有這樣的不同，人大常委會解釋憲法的功能卻與其他國家憲制法庭解釋憲法的功能沒有太大分別。

解釋憲法明顯地在憲法的實踐過程中有其必要性。中國著名憲法學家蕭蔚雲在其《論憲法》一書中指出：「憲法解釋是指有權機關依照法定程序對憲法的內容、界限和精神作出的說明。憲法具有原則性、概括性和綱領性，隨着社會的發展，憲法又會遇到新情況，所以憲法在實施過程中要由有權機關依法對它加以解釋。」^[1]蕭教授更於書中指出中國的憲法解釋與其他國家的違憲審查有別，因為解釋是要申明憲法的內容和範圍，而非審查個別行為或案件是否符合憲法的要求；後者的工作在其他西方國家中屬於法庭的職權，但在中國，這職權也是由人民代表大會和人大常委會同時擁有。根據蕭教授的研究，到了1978年和1982年憲法才明確規定人大常委會有權解釋憲法，因此憲法解釋的歷史在中國並不長久，解釋憲法的經驗和非文字記載的常規亦相對較薄弱，特別是解釋憲法的程序缺乏透明度，一般國民，甚至人民代表大會也缺乏明確參與的管道和程序。因為經驗和過往案例不多，所以也欠缺明確的解釋憲法的基本原則；一般法律學者所提及的憲法原則也只流於概括地指出須根據立憲原意和精神、或根據憲法原文作出闡釋和說明等比較空泛的討論。^[2]

話雖如此，不少中國學者認為、甚至稱憲法解釋為一種程度有限的「立法解釋」；意思是說任何解釋不但有其至高無上的憲法地位，也達到需為社會不斷轉變而作出輕度的、比較細緻的立法，藉以把憲法提升至能追及社會進度，更適用於最新情況之層次。另一重點是，既然只是「解釋」，雖然某程度有輕微修改憲法的實際功能，與修憲不同的是，其效力應由立憲那一刻開始，而非只是為將來而解釋。這一點比較接近普通法制度下法庭解釋法律的本質，但與一般立法機關通過或修改法例卻有其原則性的分別。

1. 蕭蔚雲(2004)·《論憲法》第1版。北京：北京大學出版社·864頁。

2. 同上註·865-867頁。

二、兩制的矛盾

英國的憲制秩序和制度架構相比於中國有其類近之處，亦有不同。簡單而言，英國的憲制秩序屬於有限程度下的三權分立議會制。有限程度的原因，是至2005年為止，英國傳統上並沒有明確的三權分立制度。這是因為英國的行政首長是議會佔大多數議席之政黨成員，而他的內閣及主要官員亦大多為議會成員。在司法體系方面，首席大法官不但是議會成員，更是內閣成員，而直至2005年，最高法院（Supreme Court）成立前，最高司法機關亦屬上議院（House of Lords）的一部分，因此不能被視為一個真正三權分立的國家。

另一重點是，在君主議會制下，英國沒有成文的憲法。英國的憲法主要由四部分組成：國會通過的法律（Statutes）、普通法下的案例（Legal Precedents）、議會常規（Parliamentary Convention）、和權威性的著作（Works of Authority）。^[3]因為沒有成文憲法，而憲法的來源又比較分散，所以當有爭拗或需要有權威性的決定時，傳統上問題會交由法庭處理；最近關於誰有權及如何啓動「脫歐」之問題須由法庭處理便是最好例子。這是英國處理執行及解釋憲法的方法，但並不代表是世界上唯一、甚至是正確的方法。在這方面，不同的制度有不同解釋憲法之處理方法。

一般法律學者認為議會、特別是民選議會，或透過公投才應有絕對權力改變憲法的內容和原則；但儘管如此，也有不少人相信憲法解釋權仍只應為法院獨有。這些不同的意見，很大程度是受了身處個別不同制度下所影響。怎樣才算是一個完美的憲法解釋制度，實際上是沒有一個必然絕對的答案。

殖民地時代的香港對英國憲制秩序和原則比較熟悉，亦較容易接受。這是可以理解的。曾是英國殖民地的香港，視英國議會為最高憲

3. See King A. (2007). *The British Constitution* [M]. NY: Oxford University Press.

制權力中心，亦視法治為最重要的核心價值；也因如此，香港人特別推崇法庭的公正性和權力。這亦是傳統上，香港人傾向接受由法庭處理憲制問題，包括憲法解釋的基本原因。

還有一點我們要特別留意，便是因英國沒有一套成文的憲法，在香港無論是法庭或法律工作者，更遑論一般香港人，也沒有處理成文憲法的需要和經驗。由國家議會處理憲制爭拗或解釋憲法，更是在回歸前社會少有考慮到的問題。或許正因如此，香港一直缺乏具有經驗或曾作深入研究的憲法學者。我們對憲法、特別是成文憲法，相對上認識不深，這同時也影響了我們對法治、人權和憲法之間的關係和分野的看法。

從中、英兩國的憲制秩序和原則之有所區別，我們可以理解到香港在百多年的殖民地統治下，社會有一些憲制上根本的慣性概念：一、法院是至高無上解決所有問題的唯一機構；二、議會的組成和運作不受法院的監管；三、特區的權力架構只局限於行政機關、立法機關和司法體系。這些概念當然不全然準確，例如很多人認為在三權分立下，法院絕對不能介入議會任何事務，這看法與一般三權分立的定義有異。這是因為國際間及學者大多數認為，三權分立之重點不只在於權力分隔，而在於三權互相制衡。但在英國比較獨特的憲制秩序薰陶下，香港人有這種概念也應該是可以理解的。

以上所提及的歷史和憲制背景，在回歸後，直接影響了香港人如何理解、面對及適應「一國兩制」下的新憲制秩序和相關的憲法原則；而其中最具爭議和產生最大矛盾的，莫過於人大釋法。

三、《基本法》的解讀

從殖民地時代至回歸祖國後，在中國與英國不同的憲制文化影響下，我們應該如何解讀《基本法》和《基本法》下人大常委會的釋法權？首先我們要明白「一國兩制」是一項前所未有的政治妥協：在1997年，

香港可以在北京反對和制裁下繼續其殖民地地位；又或香港可以全面回歸祖國，被迫放棄其獨特的核心價值和資本主義制度。但中英雙方就這兩極端的選擇中，找到了一平衡點，在鄧小平的倡議下以「一國兩制」作為一種妥協，希望達致雙贏的局面。在這妥協中，大家所需付出的代價便是國家以容許延續香港的生活方式和核心價值，換取香港和平回歸祖國。如果我們能明白這一點，便應該嘗試接受我們的生活方式和核心價值雖然可以保持不變，但維護這些核心價值的制度卻有了根本上的改變。最大的改變便是我們自開埠以來第一次有一份小憲法規範着我們的整體制度和權利。這小憲法便是隸屬於國家憲法下之《基本法》。

《基本法》規範了香港特區的整體政治、司法、經濟和社會制度。當我們查閱《基本法》時，首要必須理解的，便是我們必須從整體制度來看《基本法》的每一項條文。換言之，我們不能斷章取義，單從個別條文來理解制度下的某一元素或權利，而忘卻《基本法》其他部分的重要性。因此當我們討論到人大常委會解釋《基本法》的權力時，或特區的獨立司法權時，我們應體會到這兩者間之表面矛盾，實際上正是一種妥協下必然產生的情況。換句話說，這矛盾正是實踐「一國兩制」中無可避免的必經過程。

《基本法》有不少條文提及特區的獨立司法權和終審權：例如《基本法》第2條。但與此同時，《基本法》第8條亦提及「香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留」；第11條亦有提及特區的司法制度「均以本法的規定為依據。香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸」。由此可見，回歸後，我們的法律制度已有了微妙但重要的改變。

另一方面，我們也必須留意，這獨立和被確定保留的司法權是存在於一個怎樣的政治和司法制度下的獨立司法權。《基本法》第1條規定「香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分」；第12條規定特區乃「一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府」；

而第158條更明確規定「本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會」。在這憲制秩序下，特區終審庭的《基本法》解釋權只局限於第158條第2款所提及的可「在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋」。但同一條文第3款亦規定，當涉及中央關係或中央政府所負責之職能時，終審庭在審理案件時「對本法的其他條款也可解釋。但如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋」。作出解釋後，法院在引用該條款時「應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響」。

由此可見，我們的司法制度在回歸時也已出現了一種根本性的改變。新的制度享有獨立司法權，但這獨立司法權與回歸前之司法權不同之處則在於涉及引用關乎中央政府管理的事務或中央與特區關係之《基本法》條文時，須受人大常委會解釋權之約束。在《基本法》下，這解釋權是沒有限制的。

我們須進一步留意的是，在「一國兩制」及《基本法》下，人大常委會的憲法解釋權有別於司法審判權。解釋權只局限於解釋《基本法》，而審判權涉及個別案件的判決權；前者可以說是審判中必經的程序之一，但法院如何審判，最終仍是由法院本身決定。某程度而言，這種獨立審判權無疑是根據立法機關制定的法律而作審判。從這角度看，人大常委會的憲法解釋權可被視為一種憲法上的「立法解釋」；而事實上，內地的法律學者亦有以此形容人大常委會的憲法解釋。

假若我們也把人大常委會之解釋權理解為一種憲法上的「立法解釋」，那麼把釋法納入特區之司法制度便可能不是那麼困難。這是因為即使在普通法下，很多時在審判前，甚至審判中，也可能會出現一宗有約束力的更高法院案例，或立法機關作出了有關或涵蓋面包括該官司的法例或修訂而直接影響該案件之判決。若然，我們不應說這一般

性的情況必然會損害到法院之獨立審判權；那麼為何我們對釋法有這麼大的抗拒和恐懼感？這可能要追溯到特區回歸後第一次釋法在港人心中所埋下的陰霾。

1999年，特區出現了一場關乎港人在內地出生子女的居港權爭議。該爭議涉及《基本法》第24條所提及的中國籍居民「所生子女」是否包括「非婚生子女」。這爭議所引起之訴訟當達至終審庭時，當時之首席大法官李國能詢問當時代表政府一方的資深大律師馬道立（亦即現任首席大法官）是否須跟循《基本法》第158條第3款要求人大常委會就《基本法》第24條作出解釋。當時政府一方認為沒有需要呈請人大常委會就該條文作出解釋。結果終審庭判政府敗訴，特首董建華即時表示該判決「不能接受」，其後更指令時任保安局局長葉劉淑儀聯同時任律政司司長梁愛詩向全國人大常委會尋求釋法，務求推翻終審庭判決。第一次釋法便在這絕不尊重終審庭判決的情況下，於1999年6月26日進行。當時法律界認為該釋法是有違香港法治的決定，原因是特區政府應該尊重法庭之判決而接受判決結果，不應尋求人大常委會釋法，推翻法庭判決，輸打贏要。^[4]

這次釋法所產生之矛盾重點在於政府沒有跟從《基本法》第158條第3款，先尋求人大常委會解釋，再繼續於終審庭上爭議，而非人大常委會之解釋權是否存在。換言之，爭議點在於人大常委會應在甚麼情況下行使其解釋權，而非是否擁有該解釋權。《基本法》所提及的只是在特區司法體制下，人大常委會擁有解釋權，但《基本法》並沒有明確條文規範該解釋權應如何行使，及在甚麼情況下行使。這正正是「一國兩制」中港兩地磨合期間所產生之矛盾的核心。

第一次釋法後亦有兩次涉及司法訴訟的釋法，第一次是2011年一宗涉及剛果民主共和國與在港上市的內地企業之訴訟。當時剛果國以主權國家豁免權作為答辯理由，與該內地企業爭訟。這宗案件的爭拗中心在於根據香港適用之英國普通法在回歸前接受主權國家在民事訴

4. 參見佳日思、傅華伶、陳文敏（2000），《居港權引發的憲法爭論》，香港：香港大學出版社。